
A Análise Retórica, os Direitos Transindividuais e os Direitos Humanos

Rhetorical Analysis, Transindividual Rights and Human Rights

Narbal de Marsillac

Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e professor do Departamento de Filosofia, ambos na UFPB, Campus I, João Pessoa-PB, Brasil.

E-mail: narbalmarsillac@gmail.com

Roberta C. Gonçalves¹

Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, João Pessoa-PB, Brasil.

E-mail: robertagoncalves@gmail.com

1. Crítica à Subjetividade Moderna

Weber parece ter sido o primeiro a apontar o que chamou de processo de desencantamento do mundo, gerado pela crescente racionalização iluminista, e, com isso, da perda da espontaneidade das tradições (Cf. WEBER, 2003, p. 27; V. também HABERMAS, 2004, p. 04). A própria produção cultural, no afã de satisfazer as exigências frias do iluminismo moderno, viu-se refém dos ditames e cadeias de uma racionalidade restritamente concebida. Restrita porque, aliada às exigências de fundamentação independente de preferências ou crenças, a própria

RESUMO: A proposta é investigar, através da análise retórica, a contribuição que a crítica à consciência moderna levada a cabo por vários pensadores do século XIX e XX pode trazer para a autocompreensão dos direitos transindividuais. Claro está que o caráter metassubjetivo desses direitos não coaduna com a concepção tradicional do fenômeno jurídico por esta ainda estar demasiadamente comprometida com o paradigma sujeito-objeto típico da Idade Moderna. O que se verifica, nesta perspectiva, é que a consciência moderna consistiu num topos específico da modernidade, mas que hoje já enfrenta os “sintomas de esgotamento” da metafísica e da razão centrada na subjetividade. A constatação e defesa do caráter meramente tópico-retórico e não ontológico da referida premissa moderna só é possível pela análise retórica, entendida aqui não como simples estratégia interpretativa de um discurso, mas como orientação filosófica fundamental que compromete todas as assertivas humanas.

Palavras-Chaves: Análise Retórica; Direito Transindividual; Filosofia da Consciência.

¹ Roberta Gonçalves também é mestre em Filosofia pela Universidad Complutense de Madrid – UCM.

noção de “razão” é extraída do modelo das ciências da natureza que passam a reger os principais critérios de cientificidade. Para ser racional é preciso ser científico e, por sua vez, para sê-lo, é preciso explicar, predizer e controlar como o faz a Astronomia, a Física ou a Química. Bem ao gosto cartesiano, toda tese sujeita à dúvida, ou seja, que não resiste ao “método da dúvida hiperbólica”, deve ser descartada. Valendo-se o filósofo, o jurista ou o cientista, em geral, tão-somente daquelas premissas que eram tidas por absolutamente inequívocas. Como se fosse possível pensar de forma isenta, objetiva e avaliativa, sem quaisquer contingências histórico-sociais.

Sem perceber, os modernos e sua racionalidade restrita sustentavam suas teses em pressupostos tão dogmáticos como o Deus cristão dos escolásticos, então execrado, ao menos enquanto fundamento. A sacralização crescente da objetividade só pôde ser intentada pelo concomitante aplainamento da subjetividade², que, neste sentido, comparece como algo dado acriticamente, correspondendo, em certa medida, à laicização da alma ou espírito do discurso religioso.

A doutrina dos elementos de Mach não pode resolver a tarefa que o positivismo se coloca (a saber: fundamentar a ciência, entendida de maneira objetivista, em base de uma ontologia do real-factual), não só pelo fato de proceder materialisticamente, mas porque seu materialismo elementar amputa a indagação cognitivo-teórica acerca das condições subjetivas próprias à objetividade de um conhecimento possível. *A única reflexão permitida visa a auto-supressão da reflexão acerca do sujeito que conhece.* (Idem, p. 105) – Grifo nosso

Desta forma, seja o sujeito das modernas gnosiologias, seja o agente moral do campo ético e jurídico, ou mesmo, o indivíduo no estado de natureza que aceita os termos do contrato social e ingressa na sociedade civil; em todos se pressupõe

² Cf. HABERMAS (1982, p. 105) *in verbis*: “Ao aplainamento da subjetividade corresponde o nivelamento à diferença entre essência e aparição. O que existe são fatos... Os fatos são, em última instância, aquilo que está dado imediatamente, disponível de uma forma inequívoca e, ao mesmo tempo, o que é inabalável e indiscutivelmente objetivo”

dogmaticamente a existência prévia dessa entidade dada sem qualquer justificativa ulterior. Em outras palavras, nada pode garantir a existência do sujeito, em qualquer uma de suas aparições. Não se pode pressupô-la no campo do conhecimento porque não há absoluta certeza dos limites fronteiriços entre o sujeito que conhece e o objeto cognoscível, quando termina um e começa o outro. Neste sentido, como se poderia saber se o que se conhece é efetivamente objetivo e imparcial? No campo ético, nada pode provar a suposta liberdade do agente, já que se pudéssemos conhecê-la, desvelar-se-iam as relações de causa e efeito que a precedem enquanto fenômeno natural, impossibilitando sua compreensão como causalidade autodeterminada, como quis Kant. E, finalmente, no campo político, os indivíduos, no estado de natureza, são pressuposições quase míticas que serviram, no renascimento e início da modernidade, apenas como novos critérios de legitimação do poder estatal, substituindo as antigas teses sustentadas em argumentos medievais reconhecidamente religiosos a respeito do divino direito dos reis³.

2. Os Direitos Transindividuais e o Sujeito Moderno

É comum, nas aulas de introdução ao Direito dos cursos jurídicos, professores ensinarem a seus alunos que o termo “Direito” comporta um aspecto objetivo e posto e outro subjetivo, uma *facultas agendi*, que consistiria, portanto, na capacidade que um dado sujeito teria de coagir outrem, um particular ou o próprio Estado, a fazer ou deixar de fazer algo. Assim, o Direito tradicional esteve sempre vinculado à percepção prévia de que há um sujeito ou uma subjetividade que o detém. Direito subjetivo é direito de um sujeito ou de alguém. Como, então, falar-se de direitos transindividuais, difusos, coletivos ou individuais homogêneos? São direitos sem sujeitos específicos que os poderiam pleitear em juízo.

³ V. Sobretudo a tese de Filmer e criticada por Locke no Primeiro Tratado do Governo Civil.

Neste sentido, aparentemente, tem-se aí uma contradição se advogarmos em favor das teorias do Direito tradicionais. Para compreendermos um pouco melhor isso, precisamos retroceder e revisitar alguns teóricos do passado.

Muito embora determinem um grupo de sujeitos que compartilham certa característica (interesse ou situação de fato) em comum, os direitos denominados transindividuais ou metaindividuais, gênero dos que os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies, representam um tipo intermediário de direitos, uma zona emergente entre os direitos individuais clássicos e os interesses coletivos tutelados pelo Estado.

Nesta esteira de raciocínio, os direitos transindividuais ultrapassam os limites tradicionais do direito e deveres individuais. Referem-se a objetos, em geral, indivisíveis. Significa dizer que são, ao mesmo tempo, de todos e de ninguém. Há, assim, uma pluralidade de titulares indeterminados conectados entre si por contextos específicos. Seu alcance, assim, é amplo, mas incerto e impreciso. São exemplos mais comuns: direitos do consumidor e meio ambiente.

Inspirado na doutrina jurídica italiana dos anos 70, com expoentes como Cappelletti⁴, o sistema brasileiro procurou incorporar em seu corpo legal mecanismos que tutelassem os interesses coletivos emergentes da sociedade de consumo altamente industrializada, levando, ainda, em consideração, as restrições que o modelo civilista adotado no país impunha à efetividade de uma proteção descentrada do sujeito.

Sobre o abandono de uma visão puramente jurídica (positiva) do Direito, Dinamarco (2009, p. 58) lembra que, “Tradicionalmente e até tempos bem recentes, acreditava-se que o sistema processual tivesse uma finalidade puramente jurídica, sendo ele, em resumo, um instrumento a serviço do direito material.”; contudo, nenhuma de suas teorias “cuidava de examinar o sistema processual pelo ângulo externo e metajurídico, nem de investigar os substratos sociais, políticos e culturais que legitimam sua própria existência e o exercício da jurisdição pelo Estado” (*idem*,

⁴ Notadamente em CAPPELLETTI (1988), *passim*.

ibid). Tal preocupação, hoje, culminou no advento do novo modelo de constitucionalização do direito civil brasileiro e é, em última análise, sintoma da renegociação do que podemos chamar de paradigma sujeito-propriedade em vigor nas bases protetivas da tutela jurisdicional.

Assim, os direitos transindividuais vêm, primeiramente, mitigar a interpretação cerrada e o formalismo expresso do art. 6º, do Código de Processo Civil, o qual determina que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Tal quebra responde, de uma vez, à necessidade de legitimação da prática jurídica ou da tutela jurisdicional a partir de um norte metassubjetivo, como já aduzido, bem como ao enfraquecimento da visão moderna de Direito como sinônimo de técnica, de cunho meramente dedutivo e, portanto, utópico.

A inspiração brasileira na legislação italiana comportou um caráter mais procedimental dos institutos de defesa dos interesses transindividuais, os quais advieram, antes ainda, do estudo comparado da doutrina norteamericana do *Common Law*, mais precisamente no que conhecem como *class actions*, os tipos de ações coletivas que visam à proteção de direitos concernentes a grupos de pessoas, e.g., consumidores de certo produto ou serviço, as quais, individualmente, não teriam condições de postular ou sequer teriam conhecimento de tais direitos.

No âmbito de nosso sistema jurídico, tal análise comparada surtiu claros efeitos com a revisão de 1977 da lei constitucional que versa sobre a Ação Popular, lei 4.717/65), a qual protege o “bem público”, dando-lhe ainda o viés de proteção aos bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Mais tarde, em 1985, a Ação Civil Pública (lei 7347/85) passou a cominar responsabilidade sobre danos causados a essa classe metaindividual de direitos.

Como aponta PELLEGRINI (2011), a legislação brasileira atingiu maior abrangência no escopo da proteção dos direitos transindividuais com a criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e a conseqüente criação dos

direitos individuais homogêneos, aqueles direitos de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, originários da mesma circunstância de fato e que compartilhem prejuízos divisíveis (MAZZILLI, 2006, p. 53); esta classe de direitos contém uma peculiaridade em sua rede de critérios, qual seja, a de que os efeitos de uma decisão contrária ao grupo possa surtir efeitos no pólo ativo do litígio. Isto significa que a legislação pátria afere o critério *res judicata* ao grupo que pleiteia ante a Justiça apenas em termos de benefícios, não de danos.

Neste diapasão, é possível notar um claro avanço no sistema jurídico brasileiro, o primeiro da América Latina a incorporar a previsão de direitos transindividuais, o que ocorreu de forma bastante inteligente, no sentido de que a adequação das premissas tipicamente de *common law* para o nosso *civil law* foi implementada através do alto poder de discricionariedade exercido pela figura do juiz, no Brasil, o qual passou, ainda, a ser demandado de forma mais sensível e não puramente técnica quando da apreciação de uma situação jurídica de fato, aproximando-se, com isso, da revisão do caráter inequívoco dos pontos de partida do discurso jurídico, apontado anteriormente.

Por tratar eminentemente de direitos que interessam a todos, ligados à cultura, aos bens sociais, ao desenvolvimento sustentável, etc., é costume vincular o advento de tais direitos à teoria geracional dos Direitos Humanos⁵, configurando-se como direitos ligados aos direitos de terceira geração. Tal leitura, entretanto, está abstraída de toda luta de revisão que tem sido feita no campo epistemológico, ético e político contra as filosofias do sujeito ou filosofias da consciência. Esta ausência de reflexão sobre o tema enseja uma compreensão pouco

⁵ Veja-se que, conjuntamente com tais aspectos de âmbito coletivo, a recepção pelo sistema jurídico brasileiro de tutela de direitos transindividuais ramificou-se, com o tempo, a questões que podem ser consideradas eminentemente de Direitos Humanos, como é o caso da proteção aos bens morais, i.e., a honra, a dignidade humana, o trabalho digno. Paulatinamente, os direitos transindividuais passaram a ser uma nova via, mais eficaz ou ao menos mais acessível, de persecução de violação aos Direitos Humanos, como é o caso das ações de assédio moral propostas de maneira coletiva, quando o desrespeito se dá, por exemplo, no ambiente de trabalho e atinge a coletividade dos funcionários; O que se tem, ao fim e ao cabo, é o compartilhamento do próprio núcleo epistemológico dos direitos transindividuais com a interpretação metasubjetiva do conceito de cidadania.

profunda da razão de ser desses mesmos direitos e de seu lugar na história das ideias.

Na teoria geracional dos Direitos Humanos, Bobbio (1992, p.51) reconhece o seu caráter histórico, afastando a compreensão que se tinha de que esses direitos seriam uma versão contemporânea dos antigos direitos naturais. Para o pensador italiano, na primeira geração, procura-se proteger os direitos de liberdade, como os civis e políticos, diante de um Estado que se quer não-interventor. Na segunda, procura-se proteger os direitos de igualdade e solidariedade a partir dos quais se crê na necessidade premente da intervenção do Estado na vida social para justamente preservar a justiça das relações entre os cidadãos. Finalmente, a terceira geração diz respeito àqueles direitos que, como dissemos, não pertence a ninguém especificamente na medida em que pertencem a todos.

O caráter metassubjetivo destes novos direitos é justificado por vários processos históricos relevantes e recentes como: a experiência mundial de duas guerras globais e a necessidade de se ter um esforço mútuo e de cooperação planetária para se evitar uma terceira grande guerra; as novas tecnologias da informação que reduziram drasticamente o tempo de veiculação da informação em geral, fazendo com que o desmatamento da Amazônia brasileira ou a caça às baleias no Japão suscitem em todos o repúdio generalizado; os processos de descolonização e ocupação do solo em diversas partes do globo, os novos aglomerados humanos, a fome e a miséria vergonhosa, ao mesmo tempo em que se tem notícia do luxo e desperdício de uns poucos abastados e indiferentes para com o sofrimento alheio; o movimento consumerista americano da década de 70 e a revisão das relações entre produção e consumo; o advento dos Estados pós-nacionais e a configuração do que Habermas chama de patriotismo constitucional, na medida em que o que une todos em torno de um projeto comum deixa de ser

fronteiras geográficas específicas e passa a ser valores constitucionais compartilhados⁶:

Para Habermas, as populações, mais do que os próprios governos, precisam superar o estado de consciência decorrente do processo histórico que levou à formação do Estado Nacional, e ampliá-la. Esse processo de aprendizagem poderá impor no marco das fronteiras nacionais as exigências de tolerância de um ethos cidadão pluralista tornando improvável qualquer mobilização das massas por motivos religiosos, étnicos ou nacionalistas. É neste sentido, afirma Habermas, que a introdução da cidadania europeia pode ser entendida também como a continuação de um processo que, a princípio, teve seu lugar dentro do próprio Estado Nacional: um patriotismo constitucional...já foi sendo preparado dentro dessas fronteiras. (SOUZA, 2011, P. 272)

A perda de fronteiras, reais, imaginárias ou mesmo psicológicas, ou, ainda, o seu realinhamento aumenta a tomada de consciência segundo a qual o que se quer não é só o aumento da qualidade de vida individual, mas esta mesma melhoria deve estar cada vez mais percebida como conectada à vida dos outros habitantes do planeta. Conscientiza-se cada vez mais que não basta desenvolver grandemente uma região do planeta, degradando outra. Daí a noção que se impõe de forma categórica e que se dissemina nos tempos atuais a respeito da necessidade de se ter um desenvolvimento sustentável para todos, preservando concomitantemente o ecossistema e a justiça nas relações de consumo. Ou seja, o sujeito de direito não é mais individual, mas grupal, ampliando, por conseguinte, a noção de tutela coletiva.

Se se pode dizer que o processo de individualização da responsabilidade representou uma evolução ao longo da história das diferentes concepções jurídicas, como justificar que, em tempos recentes, o processo inverso tenha se configurado naquele caráter metassubjetivo do que se convencionou chamar de direitos transindividuais? Ou seja, se a responsabilidade individual representou um

⁶ V. HABERMAS (2008).

progresso, como o processo justamente inverso, de transindividualização do direito pode representar uma evolução? Como quis Perelman, em sua obra magna:

Um dos progressos do Direito consistiu em substituir a responsabilidade coletiva pela responsabilidade individual, o que permitiu não lançar no passivo do grupo os atos que a legislação condena e autua, mas é apenas uma técnica jurídica, que um moralista ou um sociólogo podem repudiar. (PERELMAN, 2002, p. 371)

É muito comum, por exemplo, em relatos bíblicos do antigo testamento, responsabilizar todo um povo pela ação de seus governantes. Assim, os egípcios, os filisteus, os cananeus, etc., inocentes ou não, foram muitas vezes qualificados como malfeitores, independentemente de consideração e da devida apuração a respeito das responsabilidades singulares⁷. Da mesma forma, diz-se ainda hoje dos afrodescendentes, dos asiáticos, dos islâmicos, dos imigrantes, dos homossexuais, das prostitutas, dos usuários de crack ou qualquer droga ilícita, etc. Como se o indivíduo, em sua singularidade inalienável, ficasse dissolvido completa e homoganeamente na agremiação a que faz parte e, com isso, encarnasse em si mesmo a própria representação, para o bem ou para o mal, de sua associação, atraindo para si igual e individualmente, ora o elogio ora a censura. Este tipo de responsabilização coletiva ingênua parece estar na base de todo preconceito contra grupos minoritários. Outro exemplo é a forma como judeus e palestinos se responsabilizam mutuamente pelos sofrimentos e frustrações ao longo da disputa por aquelas terras “onde correm o leite e o mel”. Ou a forma como terroristas culpam os americanos (todos) e como estes culpam os muçulmanos e dificultam, muitas vezes, o acesso destes aos direitos civis mais básicos.

Os direitos transindividuais se configuram justamente no movimento oposto e parecem consistir num dos desdobramentos, no âmbito jurídico, daquilo

⁷ V. Alguns exemplos: Ex 14, 19ss ou Dt 7,1ss.

que Habermas chamou de “sintomas de esgotamento” (HABERMAS, op. cit. p. 414) a partir dos quais são paulatinamente abandonados os paradigmas da metafísica da subjetividade que caracterizou a época moderna e que está no bojo das diferentes teorias do direito tradicionais. A metassubjetividade parece, assim, atender, em certo sentido, ao que Streck, nas reflexões atuais sobre o Direito brasileiro, aponta. Diz ele: “A tese heideggeriana da morte do sujeito não teve qualquer repercussão no domínio da filosofia do direito... O que continua a dominar é a filosofia do sujeito-proprietário...” Ou ainda, num momento mais preciso da mesma obra:

Para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa. O paradigma (modelo/modo de produção do direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos...Isto porque as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo da operacionalidade – incluindo aí doutrina e jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto. (STRECK, 1999, p. 15)

3. A Análise Retórica e os Direitos Transindividuais

Entende-se por análise retórica aqui aquilo que Perelman e outros autores, igualmente preocupados com a perspectiva tópico-retórica dos discursos, costumam fazer na leitura de diferentes textos de áreas variadas, ciência, literatura e filosofia. Em geral, são evocadas passagens nas quais se procura vislumbrar o uso de determinada estratégia retórica. Assim, técnicas argumentativas são desveladas e, com elas, os ardis próprios daquilo que Nietzsche chamou de poder-discorrer⁸ dos *rectores* e, eventualmente, evocando sua fraqueza na sua nudez.

⁸ NIETZSCHE (1995, p. 79), *in verbis*: “O desenvolvimento de toda prosa moderna depende indiretamente do orador grego...É no poder-discorrer que se concentra progressivamente a cultura helênica”

Neste sentido, quando se fala em análise retórica, tem-se por fito o diagnóstico argumentativo-estilístico de uma tese ou de um discurso. Basicamente, consiste em se perguntar quais as premissas, os argumentos e as figuras utilizadas na composição da força persuasiva daquilo que se diz. Assim, a análise retórica parte da pressuposição de que toda fala ou escrita é retórica no sentido de que, em algum momento, argumenta ou raciocina a partir de pontos de partida não inequívocos. Revisitá-los é criticar ou analisar o que quer que se apresente de razoável diante de nós.

Enquanto vigorou, na modernidade, a crença de que o saber relevante é o objetivo porque incontroverso e, neste sentido, mais próximo daquele produzido pela lógica e pela matemática (saber fruto de silogismos apodícticos, na linguagem Aristotélica), houve um desprezo pela arte retórica, que ficou relegada à sua função estilística. Retórica era considerada a cosmética do discurso. O que Perelman defende, já na segunda metade do século XX, é que, com isso, grande parte do saber legítimo ficou também relegada a uma posição de inferioridade em relação ao saber das ciências da natureza.

Paradoxalmente, o racionalismo matemático, emparelhado com a rejeição de toda opinião e, portanto, de toda troca de opiniões, de todo recurso à dialética e à retórica, levou, na prática, ao imobilismo e ao conformismo em direito, em moral, em política e em religião. O ensino das ciências inspira-se até hoje na formulação cartesiana. Nos domínios que escapam à controvérsia, não é hábito fazer-se referência às opiniões deste ou daquele cientista. As teses ensinadas são consideradas como verdadeiras ou admitidas como hipótese, mas em nada se sente a necessidade de as justificar. (PERELMAN, 1993)

Mesmo teóricos defensores do estatuto científico das ciências humanas ou do espírito adotaram como critério de cientificidade também aquele imposto pelas

ciências naturais, como Dilthey ou mesmo Weber⁹. O Direito, no ímpeto de sagrar-se também ciência, submeteu-se a estes mesmos critérios limitados e relegou para o esquecimento sua gênese comprometida com a retórica do discurso (v. PERELMAN, 1998, p. 8). Foi tão somente depois de Nuremberg e, com este, da falência do positivismo jurídico, ao menos nos moldes clássicos, que ocorreu o que ficou conhecido como *Rhetorical Turn* (SILLS, 1992), ou virada retórica, que vai reabilitar a retórica como teoria da argumentação, como havia antes defendido o próprio Aristóteles (1959).

Desta forma, não está mais em jogo o que é racional, restritamente falando, mas o que é razoável¹⁰; não se está em procura da verdade, mas do verossímil. Os discursos não precisam ter a obrigação de ser matemáticos porque, no âmbito das relações humanas com as quais o Direito relaciona-se, disciplina e age, não há nada de geométrico ou apodítico.

Segundo Aristóteles (2005, p. 347), há dois tipos de raciocínio, o apodítico e o dialético. O primeiro se dá quando as premissas são necessárias e inequívocas, como no conhecimento lógico e geométrico. No segundo, as premissas são as de auditórios específicos, são os *topoi* ou opiniões generalizadas a partir das quais o orador deve se basear para obter a adesão deste determinado grupo.

O silogismo dialético é aquele no qual se raciocina a partir de opiniões de aceitação geral...Opiniões de aceitação geral, por outro lado, são aquelas que se baseiam no que pensam todos, a maioria ou os sábios, isto é, a totalidade dos sábios, ou a maioria deles, ou os mais renomados e ilustres entre eles. (IDEM, p. 348)

⁹ Cf. GADAMER (1997, p. 323), *in verbis*: “Reconhecemos agora que (Dilthey) não o conseguiu sem negligenciar a própria historicidade essencial das ciências do espírito. Isto se torna claro no conceito de objetividade que ele mantém para elas. Enquanto ciência, deve caminhar a par com a objetividade válida para as ciências da natureza. É por isso que Dilthey gosta de empregar a palavra “resultados” e de demonstrar pela descrição da metodologia das ciências do espírito sua igualdade de direitos com as ciências da natureza”

¹⁰ V. o interessante artigo de PERELMAN (1997).

O que se vê aqui é que o papel da subjetividade no processo de sacralização da objetividade, que também se fará presente nas diferentes teorias objetivistas e positivistas do Direito, serviu como uma opinião generalizada ou, como quis Aristóteles, um *topos*, tido por inquestionado por diferentes “sábios” modernos, de Descartes a Husserl já no início do século XX. Essa subjetividade não problematizada, simplesmente tomada como dada desde sempre, reifica-se amalgamada aos outros tantos fatos¹¹: “A concepção científica de mundo só conhece fatos e relações interfactuais; a consciência cognoscente deve, enquanto tal, ser igualmente subsumida sob estes critérios.” (HABERMAS, 1982, p. 104)

Partindo desta perspectiva, os direitos transindividuais parecem procurar suprir o vazio entre uma dogmática jurídica falha e falida e uma nova realidade social que se impõe como legitimadora de si mesma e do próprio direito e que não relega mais esta função ao Estado ou qualquer outro poder sem seu prévio consentimento. Esse processo de apropriação ou reapropriação da força legítima e a impossibilidade de sua alienação representa a falência de um conjunto de *topoi* ora obsoletos, alterando o discurso oficial do direito ou, como quis Warat, rompendo com o senso-comum dos juristas. (WARAT, 1995)

Assim, além do caráter meramente tópico da subjetividade moderna, a própria entronização da lei encerra um tipo de argumento conhecido como de essência (REBOUL, 1992, p. 192) e é utilizado quando se quer sustentar o privilégio que se deve dar àquilo que supostamente perdura para além das contingências. Neste sentido, a lei, no paradigma anterior, é lei essencial que justamente pelo seu caráter abstrato sobrepára incólume bem acima do fato que almeja subsumir e regerar. Ao contrário, no processo ainda recente de democratização, essa concepção essencialista e positivista da legalidade não tem mais legitimidade:

¹¹ HABERMAS (Op. Cit. 1982, p.104), *in verbis*: “Para não ser obrigado a conceber os fatos como grandezas acopladas a um Eu, Mach reifica o Eu cognoscente a um fato no meio de outros fatos.”

Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação (PERELMAN. 2000, p. 241)

Ou ainda, num outro momento,

Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça. (IDEM, p. 95)

Sem perceber, ao se sacralizar a lei, sacraliza-se o poder que a institui, muitas vezes alheio às mudanças sociais. Daí se ter, no âmbito da jurisdição constitucional, um sobrecarregamento dos Tribunais superiores com questões que poderiam ser objeto de leis mais atualizadas e sintonizadas com as novas valorações da sociedade. A inércia do Legislativo parece traduzir a crença ingênua de que os novos condicionamentos histórico-sociais não são tão relevantes a ponto de se precisar alterar as normas vigentes.

Além do argumento de essência, é comum na doutrina aplicar-se o argumento pragmático (*ad consequentiam*) a partir do qual se procura sustentar a validade de uma tese, no caso em tela do direito estritamente individual, pelas suas consequências ou finalidades (IDEM, p. 11-23), no caso, proteger e garantir a propriedade individual. Desta forma, em nome da segurança, paz social e manutenção de um *status quo* onde o que tem continua tendo e o que não tem perdura sem ter, muita injustiça já foi perpetrada. Como quis também Streck: “Para quê e para quem o Direito tem servido?” (IDEM, p. 56) O Direito não é inocente muito menos está desculpado dos gigantescos fossos que têm sido produzidos entre os muito ricos e os muito pobres deste país. A pergunta “a quem o Direito

serve?” desautoriza a concepção de Direito individual tradicional e exige a efetivação de propósitos mais inclusivos e solidários que estão pressupostos e consistem na própria razão de ser dos direitos transindividuais.

As figuras, em geral, usadas e reusadas quase automaticamente por todos consistem numa série de tropos como metáforas e catacreses que, justamente pelo uso constante, escamoteia a contingência de sua configuração, em certo sentido, determinando como se vê e se compreende o mundo.

O linguista que subscreve a minha definição da metáfora ficará, não obstante, tentado a estabelecer distinções que lhe parecem importantes de seu ponto de vista pessoal. Preferirá chamar catacrese, em vez de metáfora, o uso metafórico de um termo que permite designar aquilo para o que a língua não possui termo próprio; qualificará de expressões de sentido metafórico aquelas que, de tanto serem utilizadas, já não são percebidas como figuras, mas consideradas formas habituais de expressar-se...Observe-se que tais distinções interessam o retórico na medida em que, como catacreses e expressões de sentido metafórico são admitidas espontaneamente e sem esforço, bastará dar-lhe, por uma técnica apropriada, seu efeito analógico pleno para que elas acabem por estruturar-nos o pensamento e por atuar sobre a nossa sensibilidade de uma forma particularmente eficaz. (PERELMAN, 1999, pp. 336-337)

Assim, dizer indivíduo, sujeito ou consciência deve reportar o analista para as metáforas adormecidas ou mortas¹² na constituição destes termos. O primeiro termo designa originalmente o que não é passível de divisão, o que representa uma coisa única, sem partes. O segundo termo, sujeito, teve sua formação vinculada ao verbo *jactare* do latim, lançar em português. *Subjectum* seria como “aquilo que está lançado sob”, contrapondo-se ao objeto ou *objectum*, o que está lançado à frente, diante dos olhos. E finalmente, o terceiro termo e talvez o mais complexo, consciência, que tem sua origem vinculada, por sua vez, ao verbo latino *scire*, conhecer ou saber. Consciência é algo como co-saber ou saber-se de si, conhecer-se

¹² Enquanto Perelman chama as metáforas que se literalizaram na linguagem usada de adormecidas, Richard Rorty as chama de mortas (Cf. RORTY, 1991).

a si mesmo, etc. Nos três casos parece ocorrer aquilo que Perelman denuncia como catacrese ou metáfora usada numa língua ordinária para designar aquilo que não tem outra palavra na mesma língua. É comum usar como exemplo de catacrese braço-da-cadeira, pé-de-mesa ou asa-de-avião. Não há outras palavras específicas para estes objetos. Usa-se de uma analogia com aquilo que se tem em outras áreas.

A pergunta que fica é: indivíduo, sujeito e consciência foram considerados análogos a quê? Do termo indivíduo entendido como indivizível, Freud certamente discordaria. Mas não precisa ser partidário da psicanálise para ser testemunha da complexidade do processo psíquico e neuronal. De tal forma que a última coisa que o indivíduo pode ser considerado é simples, sem divisões. Do termo sujeito tem-se outro desdobramento que talvez clarifique um pouco mais: sujeitado. O termo sujeito carrega em si um teor subordinante já diluído pelo uso, como se viu. O sujeito está sujeitado ao objeto e a ele deve ser fiel. Assim, o termo, silenciosa e solertemente, hierarquiza sem precisar justificar. Aceita-se, simplesmente. O terceiro termo, consciência, talvez guarde sua maior força persuasiva no pretense auto-referenciamento de si, na medida em que supostamente se sabe a si mesmo.

4. Considerações finais

Do que se viu, mais do que a teoria geracional dos Direitos Humanos, é a análise tópico-retórica que pode propiciar uma autocompreensão dos direitos transindividuais. A consideração da subjetividade moderna como um mero *topos* nos ajuda a revisitar esta premissa e, com isto, as próprias teorias do Direito formuladas comprometidas com ela, a partir da qual, todo direito é, ao mesmo tempo, subjetivo e objetivo, impossibilitando a gênese de direitos metassubjetivos. Pelo contrário, ao se abandonar o paradigma da filosofia do sujeito ou da consciência a partir do que se convencionou chamar de “*morte do sujeito*”, tais direitos tornam-se não só plausíveis, mas imperiosos. Outra contribuição que uma análise retórica pode dar é a explicitação dos tipos de estratégias argumentativas

das teorias tradicionais que não incorporaram em seu seio a possibilidade sequer do caráter metassubjetivo de alguns direitos. A simples clarificação a respeito das premissas, dos argumentos e das figuras ínsitas na constituição do que se convencionou chamar sujeito, indivíduo ou consciência diminui ou deve diminuir a sua força persuasiva, tornando possível mais facilmente a implementação e consolidação dos direitos transindividuais como Direitos Humanos não-subjetivos.

Rhetorical Analysis, Transindividual Rights and Human Rights

ABSTRACT

The proposal is to investigate, in the rhetorical analysis perspective, the contribution that the critique to the modern consciousness, carried out by many thinkers of the Nineteenth and Twentieth century, can bring to the understanding of transindividual rights. It is clear that the metasubjective sense of these rights is inconsistent in the traditional conception of the legal phenomenon, since is still largely committed to the typical subject-object paradigm of the Modern Age. What can be seen from this perspective is that the modern consciousness was built from a specific topos of modernity, which now faces the "symptoms of exhaustion" of metaphysics and reason-centered subjectivity. The discovery and defense of the merely topical-rhetorical and not ontological sense of this modern premise is possible only by modern rhetorical analysis, here understood not simply as an interpretive strategy of discourse, but as a fundamental philosophical orientation that affects all human assertions.

Keywords: Rhetorical Analysis; Transindividual Rights; Philosophy of Consciousness.

5. Referências

ADEODATO, Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

ALBALADEJO, Tomas. **Retórica**. Madrid: Editorial Sintesis, 1989.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson. São Paulo: Ed. Landy, 2005.

_____. **Teoria del discurso y derechos humanos**. Trad. Luis Villar Borda. Universidade Externado de Colômbia, 1995.

_____. **Trés escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Universidade Externado de Colômbia, 2003.

ANGUS, et al. **The critical turn: rhetoric and philosophy in postmodern discourse**. Illinois University Press, 1993.

ARISTÓTELES. **A arte retórica**. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1959.

_____. **Órganon**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6a ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3a ed. Rio de Janeiro, 2003

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Maria Cecília de. **Paradigmas filosóficos da atualidade.** Campinas: Ed. Papius, 1989.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** 3a ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo.** São Paulo: Ed. Madras, 2004

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil,** Vol. I, Livro I. 3ª São Paulo: Ed. Malheiros. 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

GADAMER, H. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997.

GENETTE, Gérard. **La rhétorique restreinte.** In Communications n. 16. 1970.

GHIRARDI, Olsen. **La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense.** Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudência, 2001.

GRIZE, Jean-Blaise. **De la logique à l'argumentation.** Genève: Librairie Droz S.A., 1982.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Ay, europa**. Trad. José Luis Lopes de Lizaga. Madrid: Ed. Trotta, 2008.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002

_____. **Conhecimento e interesse**. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1982.

_____. **Faticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Editoria Trotta, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública. nova jurisdição trabalhista metaindividual**. São Paulo: LTr. 2001.

LEVINSON, Stephen. **Pragmática**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier Ed., 2008.

MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman: filosofia e metodologia para o século XXI**. Trad. Mauro Rapozo de Mello. Barueri-SP: Ed. Manole, 2004.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia, linguagem e comunicação**. 2a ed. São Paulo: Cortez, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, 19. Ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MÜLLER, F. **Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional**. Trad. Peter Nauman. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

NIETZSCHE, F. **Da retórica**. Trad. Tito Cardoso. Lisboa: Ed. Veja, 1995.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Ed. Loyola, 1996.

OSAKABE, Haqira. **Argumentação e discurso político**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, s/d.

PEARS, David. **Wittgenstein**. Trad. de José Planells. Barcelona: Ed. Grijalbo, 1973.

PELLEGRINI, Ada. **The defense of the transindividual interests: Brazil and Ibero-America**. 2011. Disponível em: http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/Brazil_National_Report.pdf. Acesso em: 19/06/2011.

_____. et al. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

_____. **Império retórico**. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Porto: Editora Asa, 1993.

_____. **Lógica jurídica**. Virgínia Pupi. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998.

_____. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

_____. **Tratado da argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

PLEBE, Armando. **Manual de retórica**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1992.

RAWLS, John. **Una hermeneutica pragmática**. Proyecto Editorial Universidad del Valle, ISBN 958-670-103-4, 1997.

REBOUL, O. **La rhétorique**. Paris: PUF, 1992.

RICOEUR, Paul. **A metáfora viva**. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Ed. Loyola, 2000.

RODRIGUES, Simone. **Segurança internacional e direitos humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

RORTY, R. **Filosofia como ciência, como metáfora e como política**. In Ensaios sobre Heidegger e outros. Trad. Eugênia Antunes. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento. 1993.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e globalização: A crise dos paradigmas do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo n° 215, 1999.

SILLS, C. Et al. **The philosophical of discourse: the rhetorical turn in twentieth-century thought**. Cook Publishers, 1992.

SOUZA, Francisco Pereira de. **O discurso de legitimação do direito e da política em Habermas**. Tese de Doutorado/ Programa Integrado de Pós-Graduação em Filosofia UFPB-UFPE-UFRN. Aprovada em março de 2011.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.

TOSI, Giuseppe (org). **Direitos humanos: história, teoria e prática.** João Pessoa: Ed. Universitária, 2005.

USERA, Raúl Canosa. **Interpretación constitucional y formula política.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VIEHWEG, Theodor. **Topica y filosofia del derecho.** Trad. Jorge Seña. Barcelona: Gedisa Ed., 1997.

WARAT, Luis Alfredo. **O direito e sua linguagem.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995.

WEBER, M. **Ensaio sobre a teoria das ciências sociais.** Trad. Rubens Eduardo Frias. 2ª ed. São Paulo: Ed. Centauro, 2003.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas.** Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Ed. Abril Cultural. 1975.

Nota do Editor:

Submetido em: 01 jul. 2011. Artigo convidado aprovado em: 01 jan. 2012.

<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/index>